فقه و اصول
سال پنجاه و دوم، شماره ۴، شمارۀ پیاپی ۱۲۳
زمستان ۱۳۹۹، ص ٨٦-٦٣

Journal of Fiqh and Usul
Vol. 52, No. 4, Issue 123
Winter 2021
DOI: https://doi.org/10.22067/jfu.v52i4.76443

تحلیل مبانی اختلاف در مناط شبهۀ دارئه از دیدگاه فقیهان امامیه*

دکتر عرفان خرمی عراقی [۱]
دانش آموخته دکتری حقوق جزا دانشگاه خوارزمی
Email: erfan.eraghi@gmail.com
دکتر سید محمد صادق موسوی
دانشیار دانشگاه شهید مطهری
Email: ms.mousavi@motahari.ac.ir
دکتر اعظم مهدوی پور
استادیار دانشگاه خوارزمی
Email: amahdavipour@khu.ac.ir

چکیده

«شبهه» از منظر فقه کیفری وحقوق موضوعه ازجمله پندارههای اساسی اما دارای طبیعتی تقریباً مبهم است که در مقام کیفرزدایی اعمال میشود. بر اساس انگارۀ عموم فقیهان، اعتباربخشی به شبهه و تأثیر آن بر مجازات، امری بایسته و واجب تلقی شده، ولی در مورد چیستی ملاک شبهۀ دارئه و یا در ارزیابی قوّت و ضعف شبهه، در نظرات ایشان ناهمگونی مشاهده گردیده تا جایی که در برخی موارد، کار را برای متخصصان قضایی نیز دشوار کرده است. بررسی نظرات فقها دررابطهبا تعامل میان نهاد شبهه و مؤلفههایی چون «جهل قصوری» و «جهل تقصیری» و تشخیص مخاطب قاعدۀ درأ، راهگشای ضابطۀ شبهه بوده تا اینکه مدل عمومی و انگارۀ «شبهات» بر اساس آموزههای پویای فقهی و حقوقی پایهریزی شود. این پژوهش درصدد آن است با شیوۀ توصیفی مبتنی بر تحلیل استقرایی جزئیات، بهدنبال روش استنباطی متکی بر قواعد لفظی و اصولی، از جزئیات بهسمت گزارهای عام حرکت کند. در کارکرد قاعدۀ درء فرقی میان حالت شبهۀ حکمی یا موضوعی و میان حالت اعتقاد به خلاف واقع وجود نداشته و شبهۀ پنداره و تصوری گسترده است که حالات علم و یقین و ظن را، حتی در جایی که اصل یا امارهای بر حرمت شرعی در کار باشد، در بر میگیرد. دستاورد دیگر پژوهش این است که اگر «شبهه» و ذهنیت، در اندیشۀ مرتکب ملتفت به حکم شرعی، ظن شخصی عقلایی - گرچه غیرمعتبر شرعی- بر اباحۀ رفتاری ایجاد کند، میتواند مبنای سقوط کیفر حدی قرار بگیرد.

کلیدواژهها: شبهۀ دارئه، قاعده درأ، اسقاط کیفر، جهل قصوری، جهل تقصیری.

---

*. مقاله پژوهشی؛ تاریخ وصول:١٣٩٧/٠٨/١٤؛ تاریخ تصویب نهایی:١٣٩٨/٠٢/٢٥.
١ . نویسنده مسئول

Analyzing the Bases of Conflict Concerning the Repelling Dubiety Criterion from the Viewpoint of Imami Jurists

Erfan Khorrami Araghi, Ph.D. Graduate of Criminal Law, Kharazmi University (corresponding author)

Sayyed Mohammad Sadegh Mousavi, Ph.D. Associate Professor, Shahid Motahhari University

Azam Mahdavi Pour, Ph.D. Assistant Professor, Kharazmi University

Abstract

Dubiety, from the perspective of Islamic criminal jurisprudence and positive law is among essential fancies but it has a relatively ambiguous nature and is applied in case of depenalization. According to the general opinion of jurists, accreditation of dubiety and its impact on punishment is a necessary and obligatory task. However, there is diversity in their views on what is the criterion of repelling dubiety or in assessing the strength and weakness of the dubiety, to the extent that in some cases, it has made the work difficult for judicial experts.Examining the views of Islamic jurists regarding the interaction between the institution of dubiety and components such as "negligent ignorance" and " ignorance caused by fault" and identifying the addressee of the rule of repellence, paves the way for determining the criterion of dubiety so that the general model and the idea of "dubieties" are established on the basis of dynamic jurisprudential and legal teachings. Using a descriptive method based on inductive analysis of particulars, following the inferential method relying on literal and Usuli rules, this research intends to move from particular propositions to universal propositions. As far as the function of the repellence rule is concerned, there is no difference between the situation of dubiety concerning the precept or dubiety concerning the instance and the state of a belief contrary to the reality and dubiety is a broad fancy and imagination that includes the cases of knowledge and certainty and conjecture, even where there exists a principle or authorized conjectural proof denoting religious prohibition. Another outcome of this research is that if dubiety and imagination, in the mind of the perpetrator who is aware of the religious precept, provoke rational personal conjecture, although invalid from the perspective of Sharia, as to the permissibility of a behavior, it can constitute a basis for waiver of Haddi penalty.

Keywords: Repelling Dubiety, Repellence Rule, Waiver of Penalty, Negligent Ignorance, Ignorance Caused by Fault

۱. مقدمه

شبهه در لغت اسم مصدر از مادهٔ «اشتباه» به‌معنای حالتی است که در خلال آن امری قابل‌تمایز یا آشکار نباشد. ابن‌منظور در لسان‌العرب گفته است: دو معنی پیرامون مادهٔ «شَبَه» می‌چرخد: اول تسویه (یکسان‌بودن) و تمثیل (همانندی) و دیگری اشکال، اختلاط، التباس و پوشیدگی امری است (ابن‌منظور، ٥٠٦/١٣). در معجم الوسیط نیز گفته شده: «شبَّه علیه الأمر أبهمه، حتی اشتبه بغیره» (مصطفی، ٤٧١/١). واژهٔ شبهه را در لغت می‌توان به «پدیدهٔ مبهمی که با موضوع مرتبط با خود همراه گشته و مانع تشخیص یا تمایز آن موضوع از سایر موضوع‌ها می‌شود»، تعریف کرد. شبهه، رفتار یا اقدام عملی نیست بلکه تصور و انگاره‌ای است که در افق نفس شخصی که شبهه بر وی عارض شده، نمایان می‌شود. البته «شبهه» از نظر مفهومی، کلی متواطی نیست؛ بلکه بنابر قوّت و ضعف آن تأثیرات متفاوتی بر کیفرها یا روال شکلی دادرسی برجای می‌گذارد.

دیدگاه اغلب فقیهان امامیه این است که شبههٔ موضوعی (تردید در نفس عمل و موضوع حکم مصداقاً) درصورتی‌که سوء نیت جزایی را زایل کند، در رفع مسئولیت کیفری و یا لااقل شمول عوامل تخفیف مسئولیت مؤثر خواهد بود. شبههٔ حکمی نیز به شرط آنکه ناشی از تقصیر در اجتهاد یا تقلید نباشد، پذیرفتنی است. اما اگر جاهل به حکم در عدم یادگیری حکم خود مقصر باشد، نمی‌تواند به این استناد از مزایای قاعدهٔ درء بهره بگیرد. البته در شبههٔ حکمیه، نزاع فقها در شمول جاهل مقصر یا دست‌کم جاهل مقصر ملتفت، شایان توجه بوده و غالباً عمومیت قاعدهٔ درء را با عموم مستند لزوم تعلّم احکام ضروری و امارهٔ علم همگان نسبت به قانون یا حکم شرعی تقیید زده‌اند.

بی‌گمان هر شبهه‌ای صلاحیت اسقاط کیفر را ندارد و برداشت ناصحیح از شبهه‌های مؤثر بر کیفر می‌تواند منجر به صدور آرای کیفری شود که گرچه برحسب ظاهر مستند به قانون و قاعدهٔ فقهی است، لکن از روح قانون و غایت شرعی بسی دور مانده است. در منابع فقهی جزء مسلمات است که شبههٔ دارئه یکی از موانع اعمال مجازات به شمار می‌رود (سبزواری، ٢٢٦/٢٧) ولی در مصادیق شبهه اختلاف‌نظرهایی به چشم می‌خورد و ملاک کاربردی مشخصی برای تعیین اعتبار شبهه مقرر نشده است. اما نکته‌ای که در تعیین مسیر این بحث نقش اساسی دارد، تشخیص هویت مشتبه و محل عروض شبههٔ دارئه است که در ذیل بدان اشاره خواهیم کرد.

۲-هویت مُشتبِه و محل عروض شبهه

در تفسیر ملاک و معیار «شبهه» میان فقهای امامیه اختلاف‌نظر وجود دارد که آیا قاعدهٔ درء ازجمله

قواعد رفتار[1] است که به شهروندان و اعمال آن‌ها مربوط شود یا آنکه از قواعد تصمیم‌گیری[2] بوده که به واکنش مقامات رسمی (ازجمله دادرس) اشاره نماید؟ البته اختلاف فقها در تعریف شبهه، دور از انتظار نیست؛ زیرا ملاک شبهه‌ای که موجب سقوط حد می‌شود، از نگاه ایشان کاملاً ناهمسان بوده که طبعاً عدم تماثل تعاریف با یکدیگر را به‌دنبال خواهد داشت.

تعابیری در صدر تعریف فقها از شبهه نظیرِ «عدم علم به حکم یا ماهیت موضوع»، «اعتقاد یا ظن به جواز عمل»، «قطع به حلیت»، «اوضاع و احوال منتهی به حصول ظن به جواز عمل» و در نهایت «توهّم جواز عمل» به‌خوبی نشان‌می‌دهد که ظاهراً هویت مُشتبِه بر متهم و مرتکب رفتار منحصر خواهد بود. شاید نخستین فقیهی که متعرض تردیدهای عارض بر حاکم و تأثیر آن بر کیفر شده، علامه حلی در قواعدالأحکام باشد که تصریح کرده است: «ولو حصلت الشبهة للحاكم سقط القطع أيضا، كما لو ادّعى صاحب المنزل السرقة لمنزل السرقة و المخرج الاتّهاب منه أو الابتياع أو الإذن في الإخراج» (علامه حلی، قواعدالاحکام، ۵۵۹/۳). البته در این عبارت فقهی، ظاهراً «شبهۀ حاکم» تنها به شبهۀ ملکیت که شبهه‌ای موضوعی‌است، اشاره دارد. اما صاحب الفقه دامنۀ «شبهۀ حاکم» را به شبهۀ حکمی نیز تسری داده و در فرض مطلق شک، حد را قابل جریان ندانسته و افزون بر شبهۀ حاکم، «شبهه و تصورات نادرست مرتکب» و «شبهۀ شاهد»، چه حکماً و چه موضوعاً، را در تعریف شبهه جای داده و افزوده است:

«اگر در جایی شکی قابل فرض باشد به‌خاطر «الحدود تدرأ بالشبهات» کیفر حدی جاری نمی‌شود؛ چراکه این حدیث شامل شبهۀ حکمی و موضوعی و همچنین شبهه فاعل، شاهد و حاکم می‌شود. البته در قوانین بین‌المللی میان عالم یا جاهل و قاصر تفاوتی گذاشته می‌شود؛ هرچند شمول کیفر نسبت به جاهل قاصر، مخالف عقل است اما نسبت به جاهل مقصر بعید نیست که عقلا مانعی برای اعمال کیفر در کار ندانند» (حسینی شیرازی، الفقه-المرور، ۱۴۱).

فقیهان و حقوق‌دانان، در مقام تعیین هویت شخصی که شبهۀ وی باعث سقوط مجازات‌های شرعی می‌شود با یکدیگر هم‌عقیده نیستند. آیا عروض شبهه نزد فرد خاصی مطرح است یا آنکه نفسِ «شبهۀ معتبر» بدون آنکه شخص خاصی که آن شبهه بر عقیدۀ وی تأثیر گذاشته، موضوعیتی داشته باشد، در برداشتن کیفر نقش ایفا می‌کند؟ درصورتی‌که در پاسخ، متمایل به این نظریه شویم که فرد یا مقام خاصی محل عروض شبهه نیست، باید بررسی کنیم که عروض شبهه نزد مرتکب (متهم)، شهود، کارشناس رسمی، بازپرس، دادستان و دادرس تابع چه آثار کیفری و قضایی است؟ پس کلیت مسئله آن است که آیا

1- Conduct rules

2 - Decision rules

عروض شبهه زمانی صادق است که دادرس تردید در تحقق عنوان مجرمانه حاصل کند یا آنکه بدون تحقق چنین حالتی، تنها وجود شبهه، حکماً یا موضوعاً، در اندیشه و عقیدهٔ متهم برای تأثیرگذاری شبهه بـر کیفـر کفایت خواهد کرد؟

۲-۱- شبهۀ متهم

مقصود از شبهه، شبهه‌هایی است که ماهیتاً در درون اندیشه متهم شکل گرفته است بدین معنا کـه اگـر متهم با شبهۀ اباحه، عملی را مرتکب شود این شبهه مسقط مجازات خواهـد شـد. برخـی از فقیهـان، تنهـا شبهۀ نزد مرتکب عمل را از روایت برداشت کرده‌اند (روحانی،۴۶). سیداسماعیل صـدر در تعلیقـاتش بـر آرای عبدالقادر عودة، ملاک در شبهه را منحصراً «شبهۀ متهم» آن هم در حین انجام عمل مجرمانـه عنـوان کرده و در توجیه این نظریه اظهار داشته است: «ظاهر سخن پیـامبراکرم(ص) کـه فرمـوده: «الحـدود تـدرأ بالشبهات» دال بر آن است که سبب کیفر حد ثابت می‌باشد اما شبهه، برطرف‌کنندۀ آن اسـت. حـال آنکـه حصول شبهه نزد قاضی، مانع از تحقق موضوع حد در خارج است، بنابراین ناگزیر بایـد مقصـود شـبهه در روایت، شبهه در مقام عمل باشد نه در پیش قاضی. افزون بر آنکه، چنانچه حصول شبهه نزد قاضی با ثبوت شرعی جرم همراه باشد، به‌اتفاق علمای اسلام مانع از اجرای حد نسبت به مجرم نمی‌شـود و اگـر روایـت، شامل حصول شبهه برای قاضی شود یا به همین مورد اختصاص یابد، اجرای حد برای قاضی جایز نیسـت؛ درحالی‌که هیچ مسلمانی چنین نظری ندارد و اگر حصول شبهه همراه با ثبوت شرعی نباشد، شـکی دربـارۀ عدم اجرای حد شرعی بدون نیاز به این قاعده، وجود ندارد و اختصاص قاعده به این حالت ممکن نیست؛ زیرا ظاهر قاعده دلالت بر وضع حکمی دارد که اگر آن قاعده نبود، حکم هـم وجـود نمی‌داشـت» (عـودة، ۳۳۶/۱). باتوجه‌به تعاریفی که اکثر فقها از شبهه ارائه کرده‌اند، به دست می‌آید که همین معنا را از «شـبهه» ارتکاز نموده‌اند. یعنی لازم است شبهه نزد متهم عارض شده باشد اما می‌بایست در محضـر دادرس ثابـت شود که مرتکب، چنین اعتقادی داشته تا بتوان کیفر را اسقاط کرد.

۲-۲- شبهۀ قاضی

برخی از فقها محل عروض شبهه را قاضی در ضمن رسیدگی دانسته و تصریح کرده‌انـد: ظـاهر از واژۀ شبهه همان شبهۀ دادرس است که با وجود این، شبهۀ درء حد مطابق قواعد صورت می‌گیرد؛ ولی اگر شبهه در حین ارتکاب جرم برای مکلف رخ دهد و شبهه به‌اندازه‌ای نباشد که رفتار با وجود آن جایز باشد، در این صورت مرتکب مشمول عمومات اجرای حد و تعزیر خواهد بود. همچنین اگر حقیقت امر نزد قاضی ثابت شود، لازم است که حکم به کیفر را صادر نماید (مومن قمی، ۲۹). حال چنانچه در اثبات حدود شـبهه‌ای عارض شود، حکم حد دفع می‌شود. پس ملاک شبهۀ دارئه، شبهۀ عارض نزد قاضی است که وظیفۀ صدور

حکم و اجرای مجازات را دارد و ناگزیر می‌بایست امکان اسقاط مجازات را با شبهه‌ای که در اندیشهٔ وی حاصل می‌شود، داشته باشد؛ لذا تا نزد قاضی شبهه ایجاد نشود، حدّ دفع نمی‌شود.

بنابراین اگر دادرس شبههٔ حکمی داشته باشد مثلاً شک در لزوم شاهد پنجم در جرم زنا داشته باشد، تا زمانی که از اجتهاد در این حکم فقهی فراغت نیافته، جایز نیست که بر اساس گواهی چهار شاهد به صدور رأی مبادرت ورزد. شرط زوال شبهه بدین معنا، فراغت مجتهد از تحقیق و اجتهاد با تمسک به اماره، اصل یا قطع نسبت به حکم شرعی است. اما در زمینهٔ شبههٔ موضوعی نیز همین حالت وجود دارد و چنانچه مثلاً دادرس عدالت شهود را احراز نکند، تا زمانی که ادلهٔ معتبر بر عدالت ایشان در کار نباشد، کیفر از متهم دره خواهد شد.

البته شبههٔ قاضی به یک معنای دیگر نیز قابل تصور است که از آن به «شبههٔ واقعیه» یا اشتباه واقع تعبیر می‌شود که عبارت است از اینکه ملاک شبهه تا زمانی که واقع با انکشاف قطعی بدست نیامده، برقرار است؛ لذا اگر با وجود دلیل معتبری برای وی انکشاف ظنی حاصل شود، برای حکم به کیفر کفایت نمی‌کند. به‌عنوان نمونهٔ امارات، ظهور عرفی در گواهی شاهد را کافی می‌دانند اما ملاک شبهه در موردی که این اماره موجب قطع دادرس نشود، همچنان برقرار است (حب‌الله، ۷۶/۲۲). همین حالت دربارهٔ اصول عملیه مسلماً برقرار بوده و ملاک شبهه بر این اصول حکومت دارد.

۲-۳- مجرد حصول شبهه

عده‌ای از فقها گفته‌اند: با وجود هر گونه شبهه، چه شبههٔ قاضی که به علم نرسد و چه شبههٔ مُجرم که در حکم یا موضوع، شبههٔ واقعی داشته باشد، در هر صورت حد ساقط می‌شود. نظریهٔ سوم بر این دیدگاه تکیه دارد که مقصود از روایت، مجرد حصول شبهه است، خواه این شبهه در مقام عمل عارض بر ذهن مرتکب باشد یا در جریان صدور حکم بر قاضی وارد شود. در هر حال متعلق موضوع روایت، عروض شبهات بوده و فرد مشخصی مخاطب مضمون روایت درنظر گرفته نشده است. صاحب الفقه علاوه بر «شبههٔ حاکم»، «شبهه و تصورات نادرست متهم» و «شبههٔ شاهد» در هر کدام چه حکماً و چه موضوعاً را به‌عنوان محل عروض شبهه تعیین کرده است. پس منشأ شبهه ممکن است در هنگام ارتکاب رفتار بر مرتکب (متهم) عارض شده است. همچنان که منشأ شبههٔ قاضی می‌تواند شبهات مفهومیه و غیر آن باشد که به‌طور مستقیم عارض بر قاضی می‌شود.

بنابر این دیدگاه، معنای اصطلاحی شبهه در قاعدهٔ درء از معنای لغوی خود فاصله نگرفته و شبهه در معنای التباس و روشن‌نبودن واقعیت، در فرض مطلقِ شک به کار رفته است. معاصر دیگری نیز عدم تعرض اصحاب امامیه نسبت به شبههٔ حاکم را به‌جهت بداهت مسئله و نه غفلت از آن برشمرده؛ یعنی این

مطلب که حاکم با وجود شبهه و تردید مبادرت به صدور حکم نکند، نیاز به تقریر و تعرض فقها ندارد. (موسوی اردبیلی، ۹۴/۱)

ازآنجاکه تعیین و گزینش ادلۀ اثبات جرایم حدی، به‌منظور محدودکردن طریق تحصیل واقع می‌باشد، درنتیجه بر طبق قاعدۀ «إقامة الحدود الی من الیه الحکم» (محقق حلی، ١٤٥/٤) تنها حاکم اسلامی صلاحیت اجرای حدود الهی یا دفع و اسقاط آن را به‌واسطۀ شبهه بر عهده داشته و وی مخاطب می‌باشد که در این صورت این پرسش جا دارد که شبهه‌ای که قاضی باید به‌سبب آن کیفرهای حدی را دفع نماید، شبهۀ عارض بر چه اشخاصی هست؟ به نظر نگارنده، هر شبهه‌ای که عرفاً یا شرعاً، ادله و مستندات پرونده را تحت‌تأثیر سلبی خود قرار دهد تفاوتی ندارد که در ذهن متهم شکل یافته یا ابهامی باشد که در حافظۀ شهود ایجاد شده یا عدم قطعیتی که در نظریۀ کارشناس حاصل می‌شود و یا تردیدی به نفع متهم در کیفرخواست دادستان با احراز شرائط دیگر می‌تواند شبهۀ دارئه محسوب شود. به بیان دیگر، شبهه در گزاره‌های شرعی به‌عنوان «موضوع مقدار الوجود» و «قضية الحقيقية في أي مورد تحقق الشبهة و في أي نحو كان» وارد شده است.

بنابراین شایسته است از این حالت، تعبیر به «شبهۀ اثبات» شود تا تمام موارد مربوط به اثبات را فراگیرد که مفهوم آن، تردید از ناحیۀ مستندات و مدارک احکام قضایی شکلی[1] یا ماهوی[2] که زمینه‌ساز ابطال یا تضعیف و یک دلیل و راهنمای اثباتِ جرم حدی شود.

اگر نزد دادرس شبهۀ معتبری حاصل شود، مسلماً صدور حکم به کیفر نسبت به او جایز نیست. اما اگر شبهه نزد متهم حاصل شده باشد، در این مورد سه حالت رخ می‌دهد که در زیر به آن‌ها اشاره خواهیم کرد:

١. اگر شبهه‌ای که متهم مدعی آن است، نزد قاضی پرونده به اثبات برسد و قاضی بداند که مرتکب، تنها به‌سبب شبهه‌ای که در اندیشه‌اش حاصل شده مبادرت به ارتکاب رفتار نموده است، در این صورت به‌جهت عدم احراز موضوع جرم، کیفر ساقط خواهد شد. در این میان تفاوتی وجود ندارد که عنوان مجرمانه کیفرش از سنخ حدود باشد یا تعزیرات و حتی این شبهه سبب برداشتن کیفر قصاص خواهد شد.

٢. چنانچه متهم به‌عنوان حدّی یا تعزیری شرعی، ادعای شبهه را نزد دادگاه مطرح کند ولی صحت این ادعا نزد دادرس به اثبات نرسد، اگر عنوان مجرمانه، حق اللهی محض باشد بدون نیاز به هر گونه تحقیق راجع به شبهه، قطعاً کیفر ساقط می‌شود؛ زیرا در حقوق‌الله تنها بیّنه و اقرار معتبر است و اگر بیّنه و اقراری نباشد، صلاحیت اقامۀ دعوا از بین‌می‌رود؛ برخلاف حقوق‌الناس که شرط شنیدن دعوا آن است که

1- Procedural
2- Substantive

مدعی مستحق موجب دعوا باشد ولی در جرایم حق‌اللهی، مستحق خداوند متعال است که اذن به فحص نسبت به قضیه‌ای را نداده و اثبات را طلب نکرده، بلکه امر بر درء حدود با شبهه کرده است[1] (سبحانی تبریزی، ۲۱۷/۱). لذا ادعای شبهه در این‌گونه جرایم طبق قاعده موجب شبهه نزد دادرس می‌شود. البته این در صورتی است که حاکم یقین وجدانی به دروغ‌بودن ادعای متهم پیدا نکرده باشد وگرنه کیفر ساقط نخواهد شد.

۳. درصورتی‌که در پروندهٔ قصاص یا کیفر حدی حق‌الناسی و سایر مجازات‌های تعزیری، متهم مدعی شبهه شود، دادرس ابتدا باید در پیرامون شبهه تحقیقات خود را انجام دهد و اگر نتیجه تحقیقات دادرس، صدق ادعای شبهه یا احتمال درستی آن باشد، در این حالت با احراز سایر شرایط معتبر در شبهه، کیفر این عناوین مجرمانه نیز ساقط می‌شود. در این موارد قاضی بدون تحقیق و تفحص نمی‌تواند شبهه را نفی کرده و اصول عقلایی مثل اصل عدم غفلت یا خطا را اجرا کرده و متهم را محکوم به کیفر کند (موسوی بجنوردی، ۱۸۳/۱). به نظر می‌رسد حتی در صورت شک در تحقق شبههٔ دارئه پس از آنکه قاضی تحقیق کاملی صورت دهد و عملاً نسبت به ادعای متهم تردید یابد، نمی‌تواند به عمومات قانون مراجعه کرده و حکم به محکومیت نماید.

۳. تحلیل کلمات فقها در ارتباط با ضابطهٔ شبههٔ دارئه

اینک که مشخص شد علی‌رغم اتفاق‌نظر فقیهان در مورد اثرگذاری شبهه در اسقاط مجازات، میان فقها اختلاف در چند جهت متمایز و از حیث ضابطهٔ شبههٔ الغاکنندهٔ کیفر (جدای از درنظرگرفتن انواع مختلف مجازات همانند حدود و تعزیرات و قصاص یا محل عروض شبهه) دیده می‌شود، باید بررسی کرد که در چه حالتی صدق می‌کند که مرتکب رفتار حدی، در وضعیت شبهه قرار گرفته است. برداشت‌ها و استنتاج‌های ناهمسان در عبارات فقها لازم می‌سازد تا دریافت جامعی از شبهه شکل گیرد و ما را به سامان‌دهی ضابطهٔ آن کمکی شایان نماید. بدین منظور نظرات چند نفر از فقهای معاصر در ذیل ذکر خواهد شد:

۳-۱- دیدگاه محقق خویی

فرضیهٔ محقق خویی دررابطه با شبهه که بسیار جای تأمل دارد، در تعریف وی به

۱. إنّ العبرة فی حقوق الله بالبیّنة و الإقرار و لو لا البیّنة و الإقرار لا تصلح لإقامة الدعوی و هذا بخلاف حقوق الناس لأنّ من شرط سماع الدعوی أن یکون المدّعی مستحقّاً لموجب الدعوی فلا تسمع فی الحدود لأنّه حقّ الله، و المستحقّ (الله) لم یأذن و لم یطلب الإثبات علی أمر، بل أمر بدرء الحدود بالشبهات.

روشنی آشکار می‌شود که شبهه بنفسه موجب سقوط حد نمی‌شود، بلکه لازم است که شبهه (جهل به واقع) مقرون به اعتقاد جواز رفتار باشد که در این صورت سبب الغای جزای جنایی می‌شود. وی با تقییدزدن شبهه بر حالتِ «اعتقاد الحلية»، در جهل به حکم با اعتماد بر اطلاق ادلل نافی حدود از جاهل، شبهه را به جهل بسیط یعنی همراه با اعتقاد به حلیت فعل خارجی تبیین کرده است. این دیدگاه در مقابل تعریف شهید ثانی قرار دارد که ضابطۀ شبهه را باتوجه به عموم قاعدۀ درء و نه اطلاق ادلۀ نافی کیفر از شخص جاهل، استحصال نموده است (شهید ثانی، ۳۲۹/۱۴). به تعبیر دیگر از نظر ایشان اگر شبهه به‌اندازه‌ای قوی باشد که مستلزم «عدم ثبوت موضوعِ» عنوان مجرمانه شود، در این صورت شبهه به طور غیر مستقیم بر کیفر تأثیرگذار خواهد بود وگرنه در سایر موارد اگر برای اسقاط حد به شبهه، یک قیاس منطقی تشکیل شود، کبرای آن قیاس مخدوش خواهد بود (خویی، مبانی تكملة المنهاج، ۲۰۶/۴۱).

نتیجه آنکه شبهۀ دارئۀ حکمی از نظر محقق خویی دو حالت را شامل می‌شود:

أ. جهل جاهل قاصر که در حین عمل، معذور بوده و خیال می‌کرده که آنچه را انجام می‌دهد مطابق واقع بوده و اگر التفات پیدا می‌کرد از عمل بر مبنای علم و شناخت صحیح خود فروگذار نمی‌کرد؛

ب) تقصیر در مقدمات رفتار به این صورت که معتقد شود که عقد بر فلان زن، او را زوجۀ شرعی وی می‌کند، بدون اینکه نسبت به بقیه شرایط معتبر در صحت عقد نکاح دقت نظر لازم را داشته باشد. اما جهل تقصیری نسبت به حکم شرعی که جاهل در حال ارتکاب عمل به جهلش التفات داشته از نظر محقق خویی شبهۀ معتبر در الغای مجازات به حساب نیامده و کیفر حدی بر وی جاری می‌شود؛ زیرا جاهل مقصر عالم به حکم ظاهری بوده و جهل به واقع عذری برای او فرض نشده و اطلاق ادلۀ نافی کیفر از جاهل، مشمول این فرض نخواهد شد.

برخی از شاگردان محقق خویی در شرح کلام وی، میان شبهۀ متهم و شبهۀ قاضی خلط کرده و گفته‌اند: اگر زنی ادعای اکراه در رفتار زنای ارتکابی کند، مطابق نصوص روایی ادعای وی پذیرفته می‌شود نه به‌خاطر درء حدود با شبهات؛ زیرا مستند و مدرکی برای این قاعده وجود ندارد مگر در موارد جهل قصوری آن هم درصورتی‌که جهل بسیط باشد. البته در جهل مرکب چه قصوری و چه تقصیری بعید نیست که کیفر حدّی اسقاط

شود (فیاض، ۲۸۰/۳). به نظر می‌رسد «ادعای اکراه» از سنخ «شبههٔ قاضی» است نه «شبههٔ متهم» و اصولاً درنظرگرفتن حالت جهل قصوری یا تقصیری متهم نسبت به آن بی‌معنا خواهد بود.

نکتهٔ لازم به ذکر آن است که اصطلاح جهل در تصنیفات فقهی عبارت است از نبود آگاهی نسبت به حکم (قانون) یا موضوع به‌صورت بسیط یا مرکب.

در خصوص جهل به حکم شرعی یا گزارش قانونی، مرتکب گاه هیچ انگاره و تصوری ذهنی ندارد و گاه در وضعیت شک یا در حالت ظن است که همهٔ این سه حالت از زیرمجموعه‌های «جهل بسیط» است. اما در پاره‌ای موارد مرتکب باوری نسبت به گزاره‌ای قانونی یا شرعی پیدا کرده و خود را عالم به آن پنداشته؛ درحالی‌که تصورش با واقع گزارهٔ مطابق نیست که «جهل مرکب» نسبت به وی رخ داده است. به‌عنوان نمونه مطابق تبصرهٔ مادهٔ ۱۵۵ ق.م.ا جهل به نوع یا میزان مجازات، از مصادیق جهل حکمی غیرمؤثر قلمداد شده است. از طرف دیگر در جهل به موضوع،[1] موضوع گزارهٔ شرعی یا قانونی نزد مرتکب نامعلوم بوده؛ به‌عنوان نمونه قتل در فراش در مادهٔ ۶۳۰ ق.ت ۱۳۷۵ چنانچه ممکن است شوهر نسبت به تمکین و رضایت زن خود به عمل زنا یا اصلاً تصور ذهنی نداشته یا حالت شک و تردید نسبت به اکراه یا تمکین همسرش پیدا کرده یا اینکه ظن به تمکین برایش حاصل شده است که هر سه حالت توسط قید «علم به تمکین» در مادهٔ مزبور، از موارد جهل موضوعی غیرمؤثر انگاشته شده است. همچنان که مادهٔ ۱۴۴ ق.م.ا ۱۳۹۲ در همهٔ جرایم عمدی، علم مرتکب به موضوع جرم را ضروری بر شمرده است.

محقق خویی راجع به ادعای اکراه شخص مرتد چنین سؤالی را مطرح کرده است: «اگر مرتدی ادعای اکراه بر ارتداد کند، آیا این ادعا مسموع خواهد بود یا مادامی‌که با قرینه ثابت نشود که مُکرَه بوده، قابل قبول نخواهد بود؟» (خویی، محاضرات فی المواریث، ۱۹۱) سپس در پاسخ به آن گفته است که به مشهور نسبت داده شده که حد از متهمی که ادعای اکراه کرده ساقط می‌شود؛ زیرا الحدود تدرأ بالشبهات و این از موارد شبهه است که نمی‌دانیم آیا واقعاً اکراه محقق شده یا رفتار وی اختیاری واقع شده است. اما نظریهٔ صحیح آن است که ادعایی که هیچ قرینه‌ای آن را به اثبات نرسانده، تأثیری بر

1- Ignorance of fact

مسئولیت کیفری متهم نداشته و دلیلش آن است که اینکه گفته شده «الحدود تدرأ بالشبهات» اصل روایی نداشته و تنها مرسلۀ صدوق است که با طریق معتبر به اثبات نرسیده است. حتی اگر مرسلۀ صدوق معتبر باشد، منظور از «شبهات» احتمال واقعی است؛ به خاطر آنکه شبهه نسبت به واقع در اکثر حدود محتمل بوده است. مثلاً اگر کسی رفتاری که مستوجب حد است مرتکب شود و احتمال دهیم که وی در واقع معذور است آیا امکان دارد به همین احتمال اکتفا کرده و کیفر حدی را اجرا نکنیم؟ در اکثر موارد در باب حدود «شبهۀ واقعی» وجود دارد. بنابراین مراد از شبهه «المشتبه واقعاً و ظاهراً» می‌باشد و در فرض بالا «شبهۀ ظاهری» وجود ندارد، بلکه باید رفتار بر حالت اختیاری آن حمل شود؛ زیرا اکراه امری حادث است و اصل عدم حادث است و با این اصل دیگر شبهه‌ای در محل بحث به وجود نمی‌آید. آری، چنانچه شبهه در صورتی رخ دهد که مشتبه واقعی و ظاهری باشد، بر فرض که روایت صدوق معتبر باشد می‌توان حکم به سقوط مجازات حدی کرد.

۳-۲- دیدگاه امام خمینی

با تحلیل ملاک شبهه بر اساس نظریۀ امام خمینی چنین به دست می‌آید که اگر فاعل، معتقد به جواز باشد ولی در حقیقت این‌گونه نباشد یا اگر فاعل جهالت مغتفره داشته باشد با وجود شبهه، حدّی در کار نیست. اما در تحقق و حصول عنوان شبهه با وجود ظن غیرمعتبر و خصوصاً مجرد احتمال، اشکال وجود دارد. پس اگر فرد جاهل ولی ملتفت به حکم، با وجود احتمال حرمت، پرسشی برای مشخص‌گردیدن امر نکند و آن رفتار را مرتکب شود، ظاهراً این حالت شبهه حصول پیدا نمی‌کند. آری، اگر جاهل قاصر یا مقصِّر نیز نسبت به حکم شرعی و هم وظیفۀ استفسار و پرسش‌کردن ملتفت نباشد، ظاهراً شبهۀ دارئه محقق خواهد شد (خمینی، ۴۵۶/۲).

برخلاف نظریۀ مرحوم خویی، امام خمینی معتقد است که شبهه‌ای که احتمال صدق آن وجود دارد، می‌تواند شبهۀ دارئه محسوب شود و لازم نیست علاوه بر شبهۀ واقعی، شبهۀ ظاهری (قرینه) نیز آن را به اثبات برساند. مطابق این دیدگاه هر عذری که ناشی از خطا، نسیان، جهل و سایر عذرهای شرعی نسبت به حکم یا موضوع کلی و جزئی باشد، ادعای آن از جانب متهم با وجود احتمال درستی آن از سوی دادرس، مسقط کیفر خواهد بود. دلیل این مطلب آن است که با این احتمال، دادرس در عنوان زنا نسبت به ارتکاب آن تردید کرده و استصحاب عدم زنا، حدّ زنا را منتفی ساخته یا دستِ‌کم استصحاب عدم جواز اجرای حد قبل از ارتکاب رفتار مشکوک، مجازات حدی را از فعلیّت خواهد انداخت.

امام خمینی در زمینهٔ کیفر زنا اشاره داشته است که کیفر زنا ساقط می‌شود با ادعای هر آنچه که صلاحیت دارد نسبت به مدعی آن، شبهه باشد؛ پس اگر یکی از دو طرف زنا یا هر دو ادعای شبهه کند، اگر تنها نسبت به یک طرف امکان شبهه وجود داشته باشد، کیفر حدّ از همان طرف ساقط می‌شود. با وجود ادعای زوجیت مادامی که کذب و نادرستی آن معلوم نباشد، کیفر ساقط می‌شود و متهم برای اثبات ادعایش نیازی به قسم یا بیّنه نخواهد داشت (خمینی، ۴۵۷/۲).

البته مطابق با مضمون برخی از روایات، نوعی تنافی با نظریهٔ فوق برداشت می‌شود که از آن جمله صحیحهٔ حلبی از امام صادق(ع) است دربارهٔ زنی که ازدواج کرده (با اینکه شوهرداشته) ایشان فرموده است: «زن سنگسار می‌شود و آن کس که با وی ازدواج کرده اگر بیّنه‌ای بر ازدواج با این زن دارد، مجازاتی ندارد وگرنه آن مرد هم حدّ می‌خورد» (حر عاملی، ۱۲۹/۲۸). ظاهر روایت آن است ادعای مرد نسبت به عدم علم به تأهل آن زن، پذیرفته نشده و برای اثبات ادعایش باید بیّنه بیاورد.

۳-۳- دیدگاه صاحب *مهذب‌الأحکام*

فرضیهٔ بعدی متعلق به مرحوم سبزواری است که از دیدگاه ایشان، جاهل قاصر یا مقصر نسبت به حکم یا موضوع، با وجود امکان برطرف‌کردن جهل و شبهه از خود، در مورد او احکام وطی به شبهه که مهم‌ترین آن انتفای کیفر است، جریان پیدا نمی‌کند. به‌ویژه اگر این امکان به سهولت مقدور مرتکب بوده باشد (سبزواری، ۲۳۶/۲۷)؛ بنابراین معیار شبهه از نظر ایشان آن است که وقتی امکان زایل‌نمودن شبهه برای مکلف به‌طورکلی وجود نداشته یا همراه عسروحرج باشد، نسبت به فعل مرتکب (وطی یا سایر رفتارهای حدی)، عنوانِ«شبهه» محقق شده و مرتکب، از حدّ رهایی خواهد یافت. حالت دیگری نیز که از نظر حکمی ملحق به عنوان «شبهه» می‌شود بلکه به تعبیر ایشان، از نظر عرفی، موضوعاً عنوان شبهه بر آن حمل می‌شود، عبارت است از حالتی که مکلف به شبهه و جهل خود التفات نداشته باشد. اما شخص ناآگاهی که نسبت به وظیفهٔ سؤال‌کردن ملتفت باشد، فقهای امامیه اجماع دارند که چنین شخصی جز در موارد استثنا شده از سوی دلیل شرعی، به‌منزلهٔ فرد عامد و آگاه خواهد بود.

ایشان در «شرایط ثبوت حد بر زانی و مزنی‌بها» می‌نویسد: در مسائل اختلافی میان فقیهان، اگر اجتهاد یا تقلید مرتکب، اعتقاد حلیت رفتار را نتیجه دهد ولی حاکم شرع معتقد به حرمت فعل باشد، شبههٔ قاضی نیز محقق شده و مجازات حدی را زایل می‌کند؛ به این دلیل که از دیدگاه ایشان منساق از ادله، تحقق شبهه نسبت به مرتکب است که در این فرض تحقق یافته است. برعکس وقتی اعتقاد مرتکب، حکایت از حرمت

عمل داشته و با وجود علم و عمد مرتکب آن شود، عنوان شبهه محقق نبوده هرچند حاکم‌شرعی معتقد به حلیت یا اباحهٔ کردار فاعل باشد. (سبزواری، ۲۳۶/۲۷) وی در تشریح این نظریه چنین استدلال کرده است که صادق‌نبودن عنوان شبهه در این فرض بدین خاطر است که موضوع حد اجتهاداً یا تقلیداً نسبت به محدود (متهم) ثابت شده، بنابراین عمومات و اطلاقات اجرای حد، این حالت را شامل می‌شود و وجهی برای مقدم‌داشتن اجتهاد حاکم بر اجتهاد (و یا تقلید) مرتکب وجود ندارد؛ چون ترجیح بلامرجح است مگر آنکه بطلان اجتهاد یا تقلید مرتکب با دلیل قطعی مشخص شود. آری، چنانچه برای حاکم شرع نسبت به این مورد در اجراکردن کیفر، شبهه حاصل شود، بایستی بنا بر نظر و اجتهاد خویش عمل کند (همو، ۲۳۷/۲۷).

این نظریه برخلاف دیدگاه امام‌خمینی است که در هر دو فرض فوق، عنوان شبهه را محقق و کیفر حدی را منتفی دانسته که از نظر نگارنده همین دیدگاه کاملاً موجه است؛ زیرا همان گونه که گفته شد مخاطب و محل عروض شبهه همان حاکم شرعی است که می‌خواهد قانون را اجرا کند و مطلقاً در همهٔ فروض، ترجیح با عقیدهٔ حاکم شرع بوده و اجتهاد حاکم شرعی مؤثر خواهد بود. منتهی قاعدهٔ درء در مسائل اختلافی که اجتهاد یا تقلید مرتکب بر اباحهٔ رفتاری تعلق گرفته، دامنهٔ اجتهادی حاکم شرعی را محدود ساخته و کیفر را از کار می‌اندازد. اما برعکس اگر اجتهاد یا تقلید متهم، بر حرمت رفتاری تعلق بگیرد ولی حاکم شرعی آن را نقض شرع یا نظم اجتماعی جامعه تشخیص ندهد، هرچند در صورت مطابقت عقیدهٔ مرتکب با نفس‌الامر دچار معصیت و سزاوار عقاب اخروی شده اما رجحان نظریهٔ حاکم شرعی پابرجا بوده و وی می‌بایست برطبق عقیده‌اش حکم برائت متهم را صادر کند.

۳-٤- دیدگاه صاحب *الفقه*

بر مبنای نظریه صاحب الفقه علاوه بر شبهۀ غیرمحصوره، چنانچه وطی به‌جهت عدم علم به وجود رابطهٔ نسبی یا رضاعی یا مصاهره (در فرضی که وظیفهٔ شخص در فحص و استفسار نباشد) و همچنین دربارهٔ زن و مرد مُکرَه و مُضطر و مُلجأ مناط شبهه محقق می‌شود. در این مورد فرقی ندارد که اکراه از سوی یکی از زن و مرد باشد یا آنکه شخص ثالثی اکراه یا الجاء کند، همانطور که فرقی میان زن در حال خواب یا مرد در حال خواب یا فردی که داروی خواب‌آور مصرف کرده، وجود ندارد. افزون بر این وطی مجنون و ذاهل (غافل) موجب ایجاد شبهه خواهد شد. همچنین در جایی که شخص مست مرتکب زنا شود، در اینجا دو حالت روی می‌دهد:

۱. چنانچه شرب او حلال بوده مانند آنکه مضطر به شرب بوده یا نمی‌دانسته که خمر می‌نوشد و یا نمی‌دانسته که نوشیدن خمر حرام است، بدون هیچ اشکالی وطی به شبهه است و عنوان شبهه نسبت به آن

مصداق خواهد داشت.

۲. اگـر شـاربالخمر عالمـاً، عامـداً و در حالـت التفـات، مرتکـب شـرب مسـکر شـده باشـد، صاحب‌جواهر گفته است: نظریهٔ مشهور آن است که وطی سکران با شرب خمر و دیگر مسکرها، عنوان زنا را داشته و باعث اثبات کیفر حدی و انتفای نسب شرعی شـده و ظـاهراً مخـالفی در میـان فقهـا بـه چشـم نمی‌خورد، جز علامه در تحریر که گفته است: «أمّا السکران...و لو زنـی و هـو سـکران لـم یجـب الحـدّ» (علامه‌حلی، تحریرالاحکام، ۳۱۳/۵، صـاحب‌جواهر، ۲۴۷/۲۹). صـاحب الفقـه بـه جـواهرالکلام ایـن اشکال را می‌کند که اگر شخصی شرب خمر کند تا زنا نماید یا دیگری را به قتـل برسـاند، در ایـن صـورت قاعدهٔ «الامتناع بالاختیار لا ینافی الاختیار» مورد پیدا خواهد کرد؛ زیرا در عرف، عـالم و عامـد محسـوب می‌شود ولی اگر چنین نباشد؛ یعنی به قصد سرقت یا زنا یا قتل، شرب خمر نکرده باشد دلیلـی بـر وجـوب کیفر حدّی و انتفای نسب شرعی وجود نداشته، بلکه به نظر صاحب الفقه همان گونـه کـه در ادامـه تبیـین نموده، اقرب آن است که یکی از مصادیق «شبهه» محسوب می‌شود: «اگر به قصد آنکه زنا کند یـا کسـی را بکشد خمر ننوشیده باشد، این حالت به وطی شبهه نزدیک‌تر است و به همین جهت فقها به صحت عقد و ایقاع فرد مست فتوا نداده‌اند و به‌ویژه در باب حدودی که با شبهه دفع می‌شوند، حاکم دچار شـک می‌شـود که آیا فرد، نسبت به رفتاری که در حال مستی مرتکب شده، مستحق قصاص یا حد خواهد بود؟» (حسینی شیرازی، الفقه، ۱۹۰/۶۴). پس در نظر صاحب الفقه اگر شخصی شرب خمر نماید ولی قصدش ارتکـاب جرم با حال مستی نباشد، در این صورت شبهه مصداق پیدا کرده و مجازات بـا اثبـات مسـلوب‌الاراده‌بودن جانی ساقط می‌شود.

وی عبارت صاحب جواهر را که گفته «أن الشارع لم یـبح الـوطء بمجـرد الاحتمـال أو الظن، و إنما أباحه بشرط العلم بالاستحقاق، أو حصول ما جعله أمارة للحل، فبدونهما لا یکون الوطء إلا زنا» (حسینی شیرازی، ۱۸۸/۶۴) محل تأمـل و اشـکال دانسـته؛ زیـرا در این استدلال میان دو مقولهٔ اثبات و ثبوت خلط صورت گرفته اسـت. در عـالَم ثبـوت اگـر وطی با نکاح صحیح جایز باشد، زنا واقع نمی‌شود هرچند که فاعل، ظن یا جهـل مرکـب داشته که رفتار وی عنوان زنا را دارد. اما اگر در عالم واقع سببی برای حلیت وطی در کـار نباشد، اگر وطی به یکی از عذرهای شرعی صورت گیـرد مـوجبی بـرای انقطـاع و انتفـای نسب یا اجرای کیفر وجود نداشته، ولی چنانچه رفتار فرد به عذر شـرعی صـورت نگرفتـه باشد آیا صرف همین حالت، مستلزم انتفای نسب و اجرای عقوبت حدی خواهـد بـود یـا خیر؟ همان گونه که روایت یزید کناسی(حر عاملی، ۱۲۶/۲۸) و ابی‌عبیده حذاء (همـو،

۱۲۵/۲۸) بر آن اشعار دارد. به نظر صاحب الفقه هر دو احتمال قابل اعتناست و باید روایات احتمال اول را به مواردی که اشاره شد، تقیید زد.

میان فقهای امامیه در تحقق ملاک شبهه با ظن معتبر اختلافی وجود ندارد؛ مثلاً اگر زوج به عدم وجود زوجه چهارم خبر دهد یا زوجه انقضای عده یا عدم نداشتن همسر را اعلام کند و یا دو شاهد عادل به این موارد گواهی بدهند. اما از این که بگذریم صاحب الفقه در پاسخ به این پرسش که آیا با وجود ظن غیرمعتبر عنوان شبهه محقق می‌شود (مانند اخبار شخص عادل واحد به عدم وجود زوج برای زن بعد از اینکه آن زن قطعاً دارای همسر بوده و با وجود اینکه خود آن زن اظهارنظری نکرده و مثلاً بگوید: نمی‌دانم همسرم مرا طلاق داده یا خیر؟) گفته است: دو احتمال در این فرض وجود دارد، ولی پس از بررسی مفصل روایات به لزوم حجیت و اعتبار ظن در تحقق عنوان شبهه متمایل شده و اظهار داشته: «ظاهراً لزوم حجیت داشتن ظن در تحقق شبهه معتبر است وگرنه چگونه در مواردی نظیر اینکه زنی به صدای شوهرش (وقتی که صیغه طلاق را جاری می‌کند) شک کند یا ظن عادی (و نه شرعی) به طلاق یابد و با این حال با دیگری ازدواج نماید، می‌توان قائل به تحقق شبهه گردید؟!» (حسینی شیرازی، ۲۰۰/۶۴) اما با وجود این اذعان کرده در هر جا برای حاکم شبهه حاصل شود باید طبق اصالت صحت فعل مسلم، نسب مولود را به واطی الحاق کرده و حد را به اجرا نگذارد (همو، ۲۰۲/۶۴).

در حالتی که مرتکب، ادعا دارد که قبلاً علم داشته ولی با این حال آگاهی سابق خود را فراموش کرده، درصورتی‌که صدق یا کذب ادعای وی نزد قاضی معلوم شود، طبق همان ادعایش اثبات یا رد می‌شود؛ ولی اگر حاکم نتواند نسبت به درستی یا نادرستی این ادعا علم حاصل کند، از نظر صاحب الفقه اگر این فراموشی در حق وی محتمل و ممکن باشد، اینجا شبهه محقق نشده و به‌دلیل اصل و اطلاق، مجازات حد به اثبات می‌رسد. اما در حالتی که احتمال عقلایی این فراموشی در حق متهم امکان داشته باشد، آیا به‌خاطر اصالت ذُکر (اصل این است که با وجود علم قبلی، فراموشی رخ ندهد) کیفر به اجرا می‌رسد یا اینکه چون این نسیان از قبیل امور «لایعرف الا من قبله» می‌باشد، ادعای وی تصدیق می‌شود؟ صاحب الفقه این موضوع را نیز واجد اشکال توصیف کرده؛ زیرا اگر ادعای وی مورد قبول واقع شود، هر زانی می‌تواند با این ادعا مجازات را ابطال نماید اما بلافاصله اشکال را غیروارد دانسته است؛ زیرا قرائن و امارات مختلف نسبت به

صحت ادعای ایشان، در اکثر متهم‌ها قابل تحصیل بوده و لذا احتمال دوم را (تصدیق و پذیرش ادعای متهم) به جهت قاعدهٔ درء حدود، بعید ندانسته است.

در مورد شرط «داشتن علم» نیز همین مقدار که بداند رفتار مورد ارتکابش حرام بوده، در ثبوت مجازات کفایت می‌کند؛ هرچند نداند که برای آن رفتار مجازاتی تعیین شده است یا از نوع و میزان مجازات اطلاع نداشته باشد. اما به عقیدهٔ صاحب الفقه در «عدم علم» دارءِ کیفر، فرقی ندارد که مرتکب حرمت اصل زنا را نداند یا کیفیت تحقق زنا و مشخصهٔ آن را نشناسد؛ مثلاً بداند که زنا حرام است اما گمان برد که حرمت تنها با ادخال در قُبُل یا دخول تمام حشفه محقق می‌شود که در این مثال‌ها و مواردی شبیه آن به جهت مناط و قاعدهٔ درء حد بالشبهه، مجازات ساقط می‌شود.

دربارهٔ علم اجمالی نیز اگر مرتکب اجمالاً بداند که زنا یا شرب خمر حرام است و هر دو نوع این رفتارها یا یکی از آن دو را انجام دهد، در ثبوت حد از نظر صاحب الفقه دو احتمال به وجود می‌آید که احتمال عدم اجرای حد بعید نیست؛ زیرا از روی علم به اینکه زنا حرام است فعل زنا را انجام نداده است. ولی در پایان نیز با «فتأمل» اشکال رخ‌داده را تقویت می‌کند (حسینی شیرازی، ۱۶/۸۷).

۳-۵- تعریف صاحب *مبانی تحریرالوسیله*

آیت‌الله مومن چنین نگاشته است: در هر مورد که حقیقت واقعه مشخص نباشد، لازم است که شبهه سبب درء «مجازات» شود هرچند ارتکاب آن رفتار جایز نباشد؛ مثل موارد جهل حکمی و دادن احتمال جواز یا موارد استصحاب بقای موضوع حرام و یا دیگر موارد (مومن قمی، ۲۸).

برخی از نویسندگان در شرح خود بر قانون مجازات نیز همین معنا را برای واژهٔ شبهه برگزیده و آن را چنین تعریف کرده‌اند: «التباس و روشن‌نبودن واقعیت که باعث خلف به اباحه شود بر اساس اصل عقلانیت؛ بنابراین در مواردی که شخص احتمال ضعیفی به حلیت عمل دهد، در این موارد چون عرفاً واقع امر کاملاً از شخص پنهان نمانده؛ لذا إعمال قاعدهٔ درء موجه نیست» (گلریز و موسوی، ۱۸۹). وجه اشتراک این دو تعریف در جنس آن‌هاست که شبهه را التباس و روشن‌نبودن حقیقت معنا کرده‌اند و تمایز آن‌ها در این است که تعریف نخست، حالتی که مرتکب احتمال جواز رفتار را می‌دهد هرچند ارتکاب آن در این حال، از نظر شرعی غیرجایز است اما غیرقابل کیفردهی دانسته، اما در تعریف دیگر تأثیرگذاری شبهه بر کیفر را در موردی که مرتکب، احتمال ضعیف حلیت را بدهد به لحاظ قید «بر اساس اصل عقلانیت» قابل توجیه ندانسته است. بر مبنای این قید، هرگاه مرتکب با شك در حلّیت یا ظن به اباحه و یا

اعتقاد به حلال‌بودن عملی، آن را انجام دهد، مجازات مقرّر دربارهٔ او اجرا نمی‌شود که در هر مـورد دادرس باید در حق مدعی شبهه، احتمال آن را صادق بداند و مجرد ادعا کفایت نمی‌کند. باید تمام اوضاع و احوال و وضعیت متهم را مورد رسیدگی و توجه قرار دهد تا روشن شود که آیا این شبهه در حق او صادق اسـت یـا خیر و در صورت احراز وجود شبهه برای متهم، مجازات را از او بر دارد.

۳-۶- تعریف آیت‌الله معرفت

آیت‌الله معرفت نیز در تعریف شبهه اشاره کرده است: «ضابطه در صدق شبهۀ دارئه همان توهّم جـانی یا مرتکب در جواز عملی که می‌خواهد مرتکب شود، خواهـد بـود چـه در شـبهۀ حکمیـه و چـه در شـبهۀ موضوعی، به شرط آنکه متعلق توهّم از امور واضح برای همۀ افراد و یا از اموری که پوشیدگی آن نسبت بـه جانی امکان ندارد، نباشد و لذا قبول وجود شبهه نسبت به افراد و احوال مختلف متفاوت اسـت. بـه همـین خاطر مجرد اجرای عقد نسبت به زنی که می‌داند ازدواج با او بر وی حرام است مثل مادرزن، ربیبه و افرادی نظیر آن، موجب صدق شبهه نخواهد بود» (معرفت، ۳۹۰).

همان طور که ملاحظه می شود از نظر این تعریـف، قصـور یـا تقصـیر مـتهم در جهـل خود، دخالتی در معیار ضابطۀ شبهه ندارد، بلکه این ملاک روی احتمال صـدق تـوهّم یـا امکان خفای آن نسبت به مرتکب برده شده است. نکتۀ دیگر آنکه هرچنـد کـه در تعریـف فوق به «شبهۀ دادرس» اشاره ای نشده اما شبهه در نظر ایشان به شبهۀ متهم منحصر نشده و ایشان در این زمینه می گوید: «موارد تمسک به قاعدۀ درء منحصر به شبهۀ مـتهم نبـوده بلکه موقعیت های اشتباه حاکم یعنی مواردی را که حاکم نداند یا نزد وی ثابت نشـده کـه رفتار مجرمانه، عمدی بوده یا خطایی و یـا اختیـاری بـوده یـا بـه اکـراه، شـامل می شـود. همچنین در جایی که جهل مرتکب (نزد حـاکم) حکمـاً یـا موضـوعاً ثابـت نشـده و تنهـا مجرد احتمال جهل وی در کار است، عموم قاعدۀ درء قابـل اجـرا خواهـد بـود». (همـو، ۳۸۹) براین اساس، مرجع قضایی در مقـام اعمـال قاعـدۀ درء، دسـت بـه یـک اظهـارنظر ماهوی مبنی بر عدم تحقق جـرم یـا عـدم مسـؤولیت کیفـری می‌زنـد؛ ازایـن‌رو، وی بایـد حسب مورد، اقدام به صدور قرار منع تعقیب یـا حکـم برائـت کنـد (حبیـب‌زاده و خرمـی عراقی، ۷۲).

٤. تحلیل دیدگاه فقهای امامیه

در فقه کیفری، شبهۀ موضوعی حتـی بـا وجـود عـدم فحـص از سـوی مرتکـب، نـافی مسئولیت جزایی شناخته شده و برخی از مصادیق آن همچون سـرقت بـه تـوهّم مالکیـت،

وطی اجنبیه به شبهۀ حلیت و شرب خمر با جهل بـه خمربـودن، بـه اتفـاق آرا مسـئولیت کیفری در پی ندارد (تبریزی، ۲۲۰). در «شبهۀ موضوعی قاضی» به‌ویژه در موارد حقـوق الهی که مرتبط بـا شـؤون و احـوال شخصـی مـتهم می‌باشـد، تحقیـق و تفحـص مقامـات مسئول ممنوع است مگر دادرس احتمال دهـد کـه بـا روشن‌شـدن شـبهه بـر وفـق مـوازین شرعی، مرتکب می‌تواند از تخفیف مجازات برخوردار شود. به‌ویژه آنکـه فقهـای امامیـه در مورد زنی که بـدون ازدواج شـرعی حاملـه شـود، بـرخلاف فتـوای مالکی‌هـا تحقیـق و تعقیب قضایی زن را به مجرد حامله‌شدن جایز ندانسته‌اند (صاحب‌جواهر، ۲۹۵/۴۱). بـا این حال برخی از فقها علی‌رغم اصولی همچون اصل برائت از پرسـش و تفتـیش از علـت بارداری، اصالت حمل فعل مسلم بر صحت و اصل عدم زنا، در شبهۀ مذکور با تکیـه بـر دیدگاه خود مبنی بر وجوب تفحـص و تحقیـق در شـبهۀ موضـوعی، استفسـار و تحقیـق از سـوی مقـام قضـایی را از زن بـاردارِ بـدون شـوهر واجـب دانسـته‌اند (حسـینی شـیرازی، ۱۰۶/۸۷).

اما در شبهۀ حکمی متهم، باید واکاوی کرد که قاعدۀ درء و تحدیداً مفهوم «شبهه»، هر دو عنوان جهـل قصوری و تقصیری را در بر می‌گیرد؟ جاهل مُقصِّر که اجمالاً به حکم شرعی التفات پیـدا نکـرده و سـپس دچار شبهه گشته، آیا در کیفرهای حدی حکم واقعی حرمت زنا یا سایر عنوان‌های حدی بر وی منجز شـده و عموم ادلۀ وجوب حد زنا بر وی بار گردیده و از این حیث معذور محسـوب نمی‌شـود؟ یـا اینکـه اطـلاق قاعدۀ درء، هر نوع شبهه‌ای چه جهل قصوری و چه جهل تقصیری را در بـر می‌گیـرد؟ بنـا بـر نظریـۀ امـام خمینی، «شبهۀ دارئه» دائرمدار التفات به حرمت شرعی خواهد بود نه قصور یا تقصیر؛ یعنی چنانچه پـس از التفات و توجه به حکم حرمت، مجرد احتمال و حتی ظن غیرمعتبر به جواز و اباحه رفتار حاصل شـود، حصول شبهۀ دارئه منتفی می‌شود. برخی از محققان معاصر هم با ملاک قراردادنِ اینکه شـبهه بـه سـطحی برسد که شرعاً عذرآور بوده تا بتواند کیفر حدی را از مرتکب بردارد، تصریح نموده‌اند: اگـر عـدم انکشـاف واقع به‌حدی برسد که برای فرد شرعاً معذوریت ایجاد کند، اصل کیفر چه حد و چه تعزیـر از وی برداشـته می‌شود چه در شبهۀ موضوعی و چه حکمی. طبق این نظریه حالت شبهه تنهـا در مـوارد معـذوریت‌آور بـه وجود خواهد آمد و تنها در این حالت است که شخص، بی‌گناه فرض شده و از تمام کیفرهـا تبرئـه خواهـد شد (مومن قمی، ۲۹).

اما صاحب الفقه حالتِ «تقصیر» را تنها مسـتحق مجـازات تعزیـری دانسـته و چـه در حالـت جهـل قصوری و چه حالت جهل تقصیری، شبهۀ دارئه را محقق دانسته، آن هم نه به‌خاطر اتیـان رفتـار مسـتوجب

حدّ، بلکه به‌جهت نفس تقصیر و عدم آگاهی از قانون. وی در رابطه با شخصی که محارم خویش را به عقد درآورده و دخول هم نموده، گفته است که اگر چنین شخصی پنداشته عقد سبب حلیت وطی می‌شود، شبهه خواهد بود و اگر در این گمانش مقصر باشد، تعزیر می‌شود و در واقع دامنۀ معذوریت نسبت به رفتار حدی تا جاهل مقصر گسترده شده است. وی در کتاب «فقه المرور» مناط و میزان قصور و تقصیر را نوعی دیدگاه تسامحی‌عرفی و نه دقیق و سخت‌گیرانه که در تعامل رسول خدا(ص) و امیرالمؤمنین(ع) با مردم به چشم می‌خورد، دانسته و راجع به ملاک تشخیص جاهل مقصر از جاهل قاصر بیان می‌دارد: «ظاهراً اگر قرائنی در کار باشد که بر قصوری یا تقصیری‌بودن دلالت نماید، همان قرائن درصورتی‌که اطمینان دادرس را برانگیزد، اعتبار خواهد داشت والا باید به خود متهم مراجعه کرد زیرا ظن، بدون قرینه جنبۀ حقیقت‌نمایی نداشته است و از مقولۀ «لا یعرف الا من قبله» و قول متهم در آن حجت می‌باشد» (حسینی شیرازی، الفقه‌المرور، ۱۴۳) و در نهایت مطمح‌نظر صاحب الفقه آن است که اگر دادرس نتواند قصوری یا تقصیری‌بودن را طبق این ملاک تشخیص دهد و شبهه در قصور یا تقصیر مرتکب داشته باشد، قاعدۀ درء ملاک عمل دادرس بوده و بنا را بر این می‌گذارد که جهل قصوری است که در این صورت به‌طورکلی چه حد و چه تعزیر دربارۀ مرتکب به اجرا نخواهد آمد.

۵. جمع‌بندی و گزینش نظریۀ مختار

پس از بررسی نظرات فقهای معاصر دررابطه‌با تعامل میان شبهه با حالت قصور یا تقصیر، بنابر دیدگاه نگارنده بایستی با تقسیم چهارگانۀ شبهه، هر مورد را به‌تنهایی مورد واکاوی قرار داد:

۱. **شبهۀ همراه با ذهنیت خلاف واقع به جواز رفتار**: مانند اینکه مردی، خواهر رضاعی خود را به اعتقاد اینکه ازدواج با خواهر رضاعی جایز است به عقد خود درآورد. تعبیر فقیهان امامیه از چنین شبهه‌ای «شبهة العقد مع الوطء» (مغنیه، ۲۹۳/۵) بوده و این سنخ از شبهه ها از نوع جهل مرکب و بدون توجه به حکم شرعی ایجاد شده، چون از مصداق های شبهاتی است که بر نکاح ملحق گردیده و بنا بر ضابطۀ کلی که علامه حلی آن را بیان کرده: «و بالجملة: کلّ موضع یعتقد فیه إباحة النکاح یسقط فیه الحدّ» (علامه حلّی، قواعد الأحکام، ۵۲۱/۳) و چنین ضابطه ای مورد توافق فقیهان قبل و بعد از ایشان قرار گرفته، لذا اشکالی در تمسک به قاعدۀ درء رخ نخواهد داد. کارکرد قاعدۀ درء در این شاخه از شبهه بدین جهت است که عنوان «زنا» بر فرض مزبور صدق نکرده و با عدم صدق عنوان حدی، اصل عدمی نیز مؤید چنین کارکردی خواهد بود.

۲. **شبهۀ همراه با معذوریت شرعی مرتکب**: این قسم از بارزترین مصادیق شبهه مطرح شده که چنانچه پس از شکل‌گیری شبهه (اعم از ظن یا شک) و توجه و التفات مرتکب به حکم شرعی، بینه و حتی اصل عملی بر جواز ارتکاب رفتاری واقع شود و در ادامه خلاف چنین حکم ظاهری کشف شود. به‌عنوان نمونه اگر زنی اذعان کند که مجرد است درحالی‌که شوهر داشته و یا بیّنۀ شرعی بر مرگ همسر یا طلاق‌دادن وی گواهی دهد و پس از چندی از ازدواج، خلاف اظهارات زن یا گواهی بیّنه پدیدار شود، در این حالت نیز عنوان زنا بر رفتار شخصی که بر طبق اصل یا بیّنه با آن زن ازدواج کرده و دخول کرده، صادق نیست؛ زیرا ادله و عمومات زنا و سایر روابط جنسی نامشروع به حرمت ظاهری اکتفا نموده و به حرمت واقعی مقید نشده است.

۳. **شبهۀ قصوری یا تقصیری و از روی عدم التفات به حکم شرعی**: چنانچه صاحب شبهه، دچار جهل بسیط و بدون التفات به حکم شرعی باشد مانند کسی که از روی قصور یا تقصیر با مادر رضاعی خود ازدواج کرده بدون آنکه حکم حرمت نکاح مادر رضاعی را ندانسته و اصلاً نسبت به آن توجه و التفاتی مبذول نداشته و به‌نوعی غافل از این حکم یک‌مرتبه مبادرت به ارتکاب آن نماید، در این قسم سوم هم صدق عنوان زنا بر چنین رفتاری بعید به نظر رسیده و کارکرد قاعدۀ درء، این مورد را حتی در صورت تقصیر مرتکب در شبهه‌اش شامل شده و عقاب دنیوی زنا از وی برداشته می‌شود؛ هرچند در فرض اخیر اقتضای عقاب اخروی باتوجه‌به عدم معذوریت شخص مشتبه، دور از ذهن نیست.

۴. **شبهۀ مرتکب ملتفت به حکم و بدون معذریت شرعی**: اشکال بنیادین در این صورت، کار را برای فقیهان دشوار ساخته که چنانچه فرد ملتفت به حکم شرعی، ظن و یا شک به اباحۀ رفتار داشته و در تضاد با این شبهه اصل استصحاب یا اصول عدمیه اقتضای ممنوعیت ارتکاب را داشته باشند و باتوجه‌به چنین شبهه‌ای مبادرت به ارتکاب نماید، امام‌خمینی فرموده: «الظاهر عدم کونه شبهة» (خمینی، ۴۵۶/۲). به‌جهت آنکه برخلاف قسم دوم، فرد مشتبه آگاه به حکم ظاهری که همان حرمت و ممنوعیت ارتکاب است، بوده و حجتی بر جواز نداشته و بر همین اساس و ظاهراً شبهه‌ای در نظر او شکل نیافته تا قاعدۀ درء بتواند مجرایی داشته باشد. متقابلاً صاحب الفقه، به‌طرز تفریط‌آمیز، گسترۀ شبهه را حتی به علم اجمالی نیز تسری داده و شمول این فرض را بعید ندانسته و در فرضی که با وجود التفات و توجه به حرمت، حتی با وجود علم اجمالی به حرمت یکی از دو رفتار زنا و شرب مسکر به ارتکاب رفتار مستوجب حد مبادرت ورزیده را، رافع مجازات حدی دانسته و در عوض تنها مرتکب را مستحق کیفر تعزیری برشمرده است (حسینی شیرازی، ۱۶/۸۷). وی حتی میان عدم آگاهی به حرمت اصل رفتار حدی با عدم آگاهی از کیفیت رفتار موجب حد، تفاوتی قائل نشده و همان گونه که مثلاً عدم علم به حرمت زنا موجب سقوط کیفر

می‌شود، حالتی را که بداند زنا حرام است اما بپندارد که حرمت تنها به ادخال در قُبُل یـا ادخـال همـهٔ آلـت تناسلی اختصاص دارد، شبههٔ دارئهٔ کیفر حدی عنوان کرده است (حسینی شیرازی، ۱۵/۸۷).

اما اکثریت فقیهان که همسو با فرضیهٔ تحریرالوسیله، قاعدهٔ درء را فاقد کارکرد دانسته‌اند، دلیل خـود را روایت یزیدالکناسی[۱](حر عاملی، ۱۲۶/۲۸) قرارداده و چنین ابراز کرده‌اند: «این روایت کیفر حد را به علـم بر حرمت مترتب ساخته هرچند زن علم اجمالی بر این دارد که در عده قرار دارد، گرچه تعداد روزهای عده را بداند باید به‌دلیل استصحاب حرمت، احتیاط کند؛ زیرا حجت بر وی تمام شده است. پس اگر مخـالف حجتی که بر حرمت قائم شده رفتار کند، زناکار است گرچه علم به حرمت برای وی حاصـل نشـود؛ زیـرا حجت شرعی اثر علم تفصیلی را داشته و افزون بر آن استصحاب عدم انقضای عده نیز به‌منزلهٔ علـم بـر آن است که وی همچنان در عده بوده و با این استصحاب ازدواج وی جایز نیست» (مقدس، ۱۵)

به نظر می‌رسد ظنی که از شهادت بیّنه بر حرمت دلالت دارد و یـا از استصـحاب عـدم انقضـای عـده ناشی شده، گرچه حجت ظاهری بوده و واجب‌الاتباع است که نتیجـه آن عـدم جـواز ازدواج خواهـد بـود، حتی اگر در مخالفت با چنین «ظن نوعی»، برخلاف مقتضای بیّنه یا استصحاب مبادرت به نکـاح کـرده و دخول صورت پذیرد، در صورت تطابق مؤدای بیّنه یا استصحاب با واقع، مرتکب رفتار حرامی شـده امـا بـا این حال شبهه‌ای که ناشی از «ظن شخصی» مرتکب هنگام ارتکاب فعل عارض شده، مشـمول قاعـدهٔ درء می‌شود؛ چون اگر مراد از قاعده را شبهه‌ای که مرتکب، به‌جهت وجود حکم ظاهری معذوریت پیدا کرده به حساب آوریم، در این صورت با جنبهٔ تأسیسی‌بودن قاعـدهٔ درء در بـاب حـدود تعـارض داشـته و در سـایر ابواب فقهی غیر از حدود نیز به ضرر شخص معذور حکمی بار نمی‌شود و این مطلب جدیدی نیست. امـا اگر مقصود از شبهه، مجرد شک و یا ظن حتی غیرمعتبر باشد، تأسیسی بـودن قاعـده حفـظ شـده و چنـین ویژگی، انحصار در باب حدود خواهد داشت که چنانچه فردی «ظن شخصی» (ولو غیرمعتبـر) بـر اباحـهٔ رفتاری داشته باشد، داخل در عنوان «شبههٔ دارئه» خواهد شد. گرچه خالی از وجه نیست که همسو با نظریهٔ صاحب الفقه و به‌جهت گزارهٔ فقهی «التعزیر لکل عمل محرم» از جهت حرمت رفتار قائل به کیفر تعزیری شویم.

نتیجه آنکه در کارکرد قاعدهٔ درء فرقی میان حالت شبههٔ حکمی یا موضوعی و میـان حالـت اعتقـاد بـه خلاف واقع وجود نداشته و شبهه، پنداره و تصوری گسترده است که حالات علم و یقین و ظن را (حتـی در

---

۱ .وَ بِإِسْنَادِهِ عَنْ يَزِيدَالْكُنَاسِيِّ قَالَ:سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِاللَّهِ (ع) عَنِ امْرَأَةٍ تَزَوَّجَتْ فِي عِدَّتِهَا- ...قُلْتُ أَ رَأَيْتَ إِنْ كَانَ ذَلِكَ مِنْهَا بِجَهَالَةٍ- قَالَ فَقَالَ مَا مِنِ امْرَأَةٍ الْيَوْمَ مِنْ نِسَاءِ الْمُسْلِمِينَ- إِلَّا وَ هِيَ تَعْلَمُ أَنَّ عَلَيْهَا عِدَّةً فِي طَلَاقٍ أَوْ مَوْتٍ- وَلَقَدْ كُنَّ نِسَاءُ الْجَاهِلِيَّةِ يَعْرِفْنَ ذَلِكَ- قُلْتُ فَإِنْ كَانَتْ تَعْلَمُ أَنَّ عَلَيْهَا عِدَّةً وَ لَا تَدْرِي كَمْ هِيَ- فَقَالَ إِذَا عَلِمَتْ أَنَّ عَلَيْهَا الْعِدَّةَ لَزِمَتْهَا الْحُجَّةُ- فَتَسْأَلُ حَتَّى تَعْلَمَ.

جایی که اصل یا امارهای بر حرمت شرعی در کار باشد) در بر می‌گیرد. پس در عنوان چهارم یعنی شـخص ملتفت به حکم نیز چنانچه شبهه در حق مرتکب، احتمال عقلایی ایجاد کند، مقدور است که مبنای اسقاط کیفر حدی قرار بگیرد. گرچه در حالت علم اجمالی و بروز رفتار مستوجب کیفر حدی، جریـان قاعـده بـا اشکال مواجه شده و می‌بایست حالت علم اجمالی را از چهار قسم فوق تفکیک نمود. آری، در قسم سوم و چهارم آنجا که تقصیر مرتکب در تحصیل معذوریت شرعی توسط دادرس احراز شود، نگارنده بر این بـاور است که باید کیفر تعزیری در نظر گرفته شود.

دستاورد پژوهش

۱. با توجه به تعریف‌های اکثریت فقهای عظام از شبهه، ایشان هویت مُشتبِه را بر مرتکب رفتار ارتکاز کرده‌اند؛ یعنی لازم است شبهه نزد متهم محقق و عارض شده باشد ولی با این شرط که در محضـر دادرس ثابت شود که مرتکب این اعتقاد را داشته تا بتوان مجازات را اسقاط کرد. دلیل این برداشت آن است که فقها «شبهه» را عیناً واجد همان ملاکی که در مباحث اصل برائت در اصـول فقـه بـه تفسـیرش پرداختـه شـده، برشمرده‌اند. (ر.ک: سبزواری، ۲۲۷/۲۷)

۲. طبق این مبنای اکثریت، کارکرد شبهه بدین شکل خواهد بود که در صورت اقناع وجـدانی قاضـی به صحت ادعای شبهۀ متهم، شبهه به‌عنوان دلیل معتبر سبب اسقاط کیفر می‌شود. در غیـر ایـن صـورت در جرایم حق‌اللهی محض، چنانچه حاکم علم وجدانی به دروغ‌بودن ادعای متهم پیدا نکرد، شبهه در الغـای مجازات مؤثر خواهد بود. اما در سایر جرایم، قاضی موظف بـه تحقیـق در بررسـی صـحت ادعـای شـبهه خواهد بود و اصول عقلایی مثل اصل عدم غفلت و اصل عدم خطا یا نسیان همچنـان مقـدم خواهـد شـد، مگر پس از تحقیق کامل، قاضی عملاً نسبت به ادعای متهم تردید حاصل کرده که بعید نیست با تمسک به «شبهۀ دارئه» در این حالت بتواند کیفر را بردارد.

۳. در حالتی که مرتکب، ذهنیت خلاف واقع به جواز رفتار داشته یا از روی قصور یا تقصیر التفاتی به حکم شرعی پیدا نکرده باشد و یا در حالتی که با وجود التفات به حکم شرعی معذوریت شرعی در ارتکاب رفتار حدی یا تعزیری داشته است، در این سه صورت ملاک شبهه بدون هیچ اشکال قابـل تـوجهی محقـق می‌شود، اما اشکال در صورت چهارم و در جایی است که شبهه مرتکب ملتفت به حکـم شـرعی رخ داده، در فرضی که هیچ معذریت شرعی قابل ملاحظه‌ای نسبت به وی وجود ندارد که اکثریت فقهـا ظـاهراً ایـن حالت را با ضابطۀ شبهه منطبق ندانسته ولی از دیدگاه نگارنده چنانچه «شبهه» و ذهنیت در اندیشۀ مرتکب ملتفت به حکم شرعی، ظن شخصی عقلایی (ولو شرعاً غیرمعتبر) بر اباحـۀ رفتـاری ایجـاد کنـد، ممکـن

است که مبنای اسقاط کیفر حدی قرار بگیرد.

منابع

ابن‌منظور، محمدبن‌مکرم، ***لسان العرب***، بیروت، دارصادر، الطبعةالثالثة، ١٤١٤ق.

تبریزی، جوادبن علی، ***أسس القضاء والشهادة***، قم، دفترمولف، چاپ اول، بی تا.

حب‌الله، حیدر، ***الشهادة علی الزنا المعاینة و الیقین***، قم، دائرةالمعارف فقه اسلامی، السنه‌السادسه، ١٤٢٢ق.

حبیب‌زاده، محمدجعفر و خرمی‌عراقی، عرفان، ***کاوشی در بایسته‌های در اعمال قاعده درأ در اجرای مجازات از منظر فقه جزایی و حقوق موضوعه***، پژوهش‌هاي حقوق تطبيقي، دوره ۲۲، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۷.

حر عاملی، محمدبن‌حسن، ***وسائل الشیعة إلی تحصیل مسائل الشریعة***، قم، مؤسسۀ آل‌البیت، ۱۴۰۹ق.

حسینی شیرازی، محمد، ***الفقه: موسوعة الاستدلالیة فی الفقه الاسلامی***، بیروت، دارالعلوم، ١٤٠٩ق.

______________، ***الفقه: کتاب المرور***، بیروت، موسسة المجتبی للتحقیق و النشر، ١٤٢١ق.

خمینی، روح‌الله، ***تحریرالوسیله***، قم، مطبوعات دارالعلم، ١٣٧٤.

خویی، ابوالقاسم، ***مبانی تکملة المنهاج***، قم، بی‌نا، ۱۴۲۶ق.

__________، ***محاضرات فی المواریث***، تقریر: محمدعلی خرسان، قم، مؤسسة السبطین العالمیه، چاپ‌اول، ۱۴۲۴ق.

روحانی، محمدصادق، ***پاسخ‌های آیت‌الله روحانی به استفتائات قوۀ قضائیه و مؤسسۀ حقوق***، تهران، حدیث‌دل، ۱۳۸۲.

سبحانی تبریزی، جعفر، ***نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء***، قم، مؤسسۀ امام صادق، چاپ اول، ۱۴۱۸ق.

سبزواری، عبدالأعلی، ***مهذّب الأحکام فی بیان الحلال و الحرام***، قم، مؤسسه المناردفتر حضرت آیةالله، ۱۴۱۳ق.

شهید ثانی، زین‌الدین بن‌علی، ***مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام***، قم، مؤسسۀ معارف اسلامی، ۱۴۱۳ق.

صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر، ***جواهرالکلام فی شرح شرائع الإسلام***، تحقیق: عباس قوچانی، بیروت، دار إحیاء التراث العربی، ۱۴۰۱ق.

علامه حلی، حسن‌بن‌یوسف، ***تحریرالأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة***، قم، مؤسسۀ امام صادق، ۱۴۲۰ق.

______________، ***قواعدالأحکام فی معرفة الحلال و الحرام***، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.

عودة، عبدالقادر، ***التشریع الجنائی الاسلامی فی المذاهب الخمسة مقارنا بالقانون الوضعی***، تحقیق: السیداسماعیل الصدر، طهران، موسسة البعثة، الطبعة الثانیة، ۱۴۰۲ق.

فیاض، محمداسحاق، ***منهاج‌الصالحین***، قم، مکتب آیة‌الله العظمی الفیاض، ۱۳۷۸.

گلریز، امین و فرج‌اللهی، رضا و موسوی، سیدصادق، ***شرح کامل قانون مجازات اسلامی در نظام عدالت کیفری ایران***، تهران، مجد، ۱۳۹۴.

محقق حلی، جعفربن‌حسن، ***شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام***، تحقیق: عبدالحسین محمدعلی بقال، قم، مؤسسهٔ اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.

مصطفی، ابراهیم و دیگران، ***المعجم الوسیط***، القاهرة، مجمع اللغة العربیة، الطبعةالثالثة، ۱۴۱۰ق.

معرفت، محمدهادی، ***تعلیق و تحقیق عن أمهات مسائل القضاء***، قم، بی‌نا، بی‌تا.

مغنیه، محمدجواد، ***فقه الامام الصادق***، قم، مؤسسهٔ انصاریان، چاپ‌دوم، ۱۴۲۱ق.

مومن قمی، محمد، ***مبانی تحریر الوسیلة-کتاب الحدود***، تهران، نشر و تنظیم آثار امام، چاپ اول، ۱۳۸۰.

مقدس، محمدهادی، ***تقریرات الحدود و التعزیرات***، قم، مؤسسهٔ فرهنگی تبیان، ۱۳۸۷.

موسوی اردبیلی، عبدالکریم، ***فقه الحدود و التعزیرات***، بی‌جا، مؤسسة النشر لجامعة المفید، چاپ‌دوم، ۱۳۸۵.

موسوی بجنوردی، محمد، ***قواعد فقهیه***، تهران، مؤسسهٔ عروج، چاپ سوم، ۱۴۰۱ق.